

## 近親相姦禁止規定（ドイツ刑法173条2 項2 文）の合憲性

著者	萩原 滋
著者別名	HAGIWARA Shigeru
雑誌名	白山法学
号	9
ページ	1-15
発行年	2013-03
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1060/00005316/">http://id.nii.ac.jp/1060/00005316/</a>

## 近親相姦禁止規定（ドイツ刑法173条2項2文）の合憲性

萩 原 滋

- 1 はじめに
- 2 憲法異議申立に至る経過
- 3 判旨
- 4 解説
- 5 おわりに

### 1 はじめに

刑法と社会倫理の関係、すなわち法による道德の強制は許されるかの問題は20世紀を通じて各国で論争的となってきたが、21世紀の現在においてもその論争に終止符は打たれていない。わが国では、ドイツ刑法学に倣って、刑法は法益を保護するためにあるとする見解が優勢である。もっとも、法益は罰則の規定に明示されていないのがふつうであり、それは条文解釈を通じて明らかにされるべきものである。刑法上保護される法益には個人法益だけでなく社会法益及び国家法益も含まれ、また物質的な利益だけではなく、精神的、観念的な利益も含まれる。刑法上保護される法益が抽象化されてゆくに従って、法益の侵害と単なる道德違反との境界は曖昧となって来る。

近親相姦は多くの国においてタブーとされている。むろん、タブーとされるのにはそれなりの理由がある。近親相姦は家族に対して打撃的な影響をもたらすことがあるし、近親相姦の結果生まれてくる子が遺伝疾患を受け継ぐ可能性は相対的に高いともいわれる。その意味において近親相姦は社会侵害的であるともいえる。しかし、近親相姦に至った原因は家族関係の悪化にあったのかもしれないし、遺伝疾患は近親相姦の結果生まれた子には受け継がれないかもしれない。近親相姦に由来する有害な影響はある

としても間接的であり、迂遠である。

ドイツ刑法には近親相姦を罰する規定（173条）があるが<sup>1</sup>、2008年、連邦憲法裁判所は兄弟姉妹間の性交を罰する刑法173条2項2文について合憲と判断した<sup>2</sup>。同裁判所決定は7名の裁判官による法廷意見と1名の裁判官による反対意見からなるが、刑法の基本問題について判断した憲法判例として興味深いものがある。本稿は本決定の概要を紹介した上、これに若干の解説を付するものである。

## 2 憲法異議申立に至る経過

憲法異議申立人に関して区裁判所が認定した事実は次のとおりである。憲法異議申立人には血の繋がった弟と8歳下の妹（K）がいた。彼らの両親はKが出生する少し前に離婚し、憲法異議申立人の弟とKの親権は母親に認められた。その後、憲法異議申立人の弟及びKと父親との連絡は途絶えていたが、Kが16歳に達したとき（2000年）、彼らの母親が死亡したことから、憲法異議申立人の弟とKは父親と同居することとなった。一方、憲法異議申立人は父親との関係が良好でなかったことから、里親のもとに預けられ、後にある里親の養子となった。そのため異議申立人はKの存在すら知らなかったが、その後福祉事務所を通じて母親と連絡をとったときにKと知り合い、母親が死亡した後はKの住居に留まり、同人との関係を深めた。2001年から2005年までの間に、憲法異議申立人とKとの間には4人の子が生まれた。

区裁判所は、刑法173条2項2文により訴追された憲法異議申立人に対し執行猶予付き有罪判決を言い渡した。なお、同じ罪で訴追されたKは限定責任能力とされ、少年刑法に基づく監護措置を命じられた。

憲法異議申立人は、同人による控訴が州上級裁判所により斥けられた後、刑法173条2項2文は基本法1条1項と結合された2条1項、3条3項及び比例原則に違反する等主張して、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。

### 3 判旨

#### (1) 法廷意見<sup>3</sup>

①人の親密で性的な領域は私的領域の一部として基本法1条1項と結合された2条1項により保護される。性的自己決定に対する一般的人格権は、それが侵してはならない私的生活形成の領域に属しない限り、公共的利益又は第三者の利益のために行われる国家的措置の下に置かれるが、その際比例の要請が厳格に保持されなければならない。まず、刑法規範は追求される目的を達成するために適合的かつ必要的でなければならない。すなわち、その手段を用いて望まれる結果が促進され得るとき、その手段は適合的あり、立法者が他のより制限的でない手段を選択し得ないとき、それは必要的である。追求される目的に達するために用いられる手段の選択及び個人並びに公共に対する危険の評価にあたり、立法者には裁量権が認められる。さらに、国家的干渉は関係者に過大な負担を課するものであってはならない（狭義の比例原則）。

特定の行為を処罰するかどうかは基本的に立法者の専権に属し、連邦憲法裁判所は単に当該罰則が憲法規定や憲法原則並びに基本法の基本的決定に一致するか否かを監視する権限を有するにすぎない。その際刑法規範によって追求される目的は必ずしも法益論から演繹されるわけではない。

私的な生活形成の中核領域に対する国家的干渉は許されないが、兄弟姉妹間の性交は家族及び社会やその結果生まれた子に客観的な作用を及ぼすことや、刑法173条が人の親密なコミュニケーションを限られた範囲で制限するにすぎないものであることに鑑みれば、同条が人間の尊厳を無視するものであるということはできない。

②近親相姦が処罰されるのは、第一に、婚姻及び家族を保護するためである（基本法6条）。家族は特に幼児や児童の成長にとって重要な役割を果たす。近親相姦が家族や社会に対して否定的な作用を及ぼすかどうかを経験科学的に把握することは難しいともいわれるが、当裁判所の委託によ

りマックス・プランク国際刑法研究所が行った調査結果からみても、近親相姦には負の作用が認められる（例えば自意識の低下、性機能障害、自責の感情、自傷・自殺の願望など）。そうした経験科学的な資料を基にどのような法律を制定するかは立法者の裁量に属す。

近親相姦に基づく結合は、第一に基本法6条1項において想定されている婚姻・家族像及びその社会的役割を歪めるものである。

第二に、刑法173条2項2文は性的自己決定を保護するために定められたものである。性的自己決定は刑法174条以下（未成年者の性的乱用、性行為の強要等）で保護されており、同項2文とは無関係であるともいわれるが、兄妹間の性交は家族という特別な関係に基づく当事者の依存関係から起こることが多く、そうした関係から起こる近親相姦は刑法174条以下では捕捉され得ない。

第三に、遺伝的視点が補充的に考慮されるべきである。この点、近親相姦によって生まれた子の場合遺伝疾患の可能性が高まるという事実は経験科学的な証明に基づくものではないとする指摘があるが、立法者が遺伝的視点に基づいて近親相姦を禁止したことは不合理だとはいえない。

第四に、わが国では古くから近親相姦が罰せられており、近親相姦は処罰に価するという社会的な確信は昔も今も変わらない。

③刑法173条の上記の刑罰目的は不適切であるとは認められず、特定の態様の近親相姦のみを処罰の対象としたことも立法者の裁量権の範囲内であり、同条は適合性の要件を満たす。

近親相姦の処罰と併せて行政的措置が講じられる点も考慮すべきであるが、刑事罰と行政的措置とではその効果が異なり、近親相姦に対して刑罰を科することは必要性の要件を満たす。

さらに、刑法173条により罰せられる行為は限られており、同条による自由制限の範囲は小さく、同条の法定刑も厳しすぎることはなく、狭義の比例原則を満たす。

④上記理由により、刑法173条2項2文は基本法6条1項（婚姻及び家

族の保護）、3条1項（法の下での平等）及び同条3項（家系による差別禁止）に違反しない。

⑤区裁判所が憲法異議申立人に科した量刑は基本法20条3項と結合された同法1条1項による責任原則及び責任に適った科刑の要請に違反するものではない。

## （2）ハッセマー裁判官の反対意見

①刑法173条2項2文は具体的な法益保護を目的とした規定ではなく、単なる道德違反を罰する規定である。同項2文は兄弟姉妹間の性交それ自体を罰し、その結果出産したことは要件とされていないから、遺伝疾患を負った子の保護は同項2文の刑罰目的とは何らの関係もない。また、被害者の年齢や自己決定能力、行為者に対する被害者の依存関係及び強制的状況の存在も同項2文の成立要件となっておらず、被害者の自己決定の保護も同項2文の法益とは関係がない。多数意見によれば、基本法6条1項は子の父母が兄妹であるという家族を想定していないとされるが、そうすると婚姻外の子を持つ家族もやはり基本法6条1項の想定するところではないことになってしまう上、そもそも刑法173条2項2文では出産の可能性は構成要件要素となっておらず、家族の保護も同項2文の刑罰目的とは関係がない。多数意見は、近親相姦を不法と見る社会の意見は今日でも不変であるとし、同項2文を削除すると社会の規範意識が弱まることを危惧しているようであるが、特定の価値観をめぐる合意形成やその保持は刑法規範の直接の目標とはなり得ない。

②刑法173条2項2文は自由制限についての憲法基準も満たさない。第一に、適合性の要請に反する。子供を養育する場としての家族を保護するために近親相姦を罰するというのであるが、本条により罰せられるのは18歳以上の者に限られることからいって（同条3項）、同条は子供を養育する場としての家族の保護が必要なきには適用されず、保護の必要がなくなったときに同条が適用されるという逆説的な規範構造となっている。近親相姦が家族関係を破壊するというのであれば、血の繋がっていない兄弟

姉妹間の性交を不処罰としていることは家族保護の点で遺憾なものがあるということになるであろう。刑罰目的を遺伝疾患の防止に求めるのであれば、同項2文が出産の可能性を排除した性交を不可罰としていないのは不当であるし、刑罰目的を自己決定権の保護に求めるのであれば、同項2文がその権利の侵害を何ら問題としていないのはやはり不当である。

第二に、必要性の要請に反する。近親相姦から生まれた子を持つ家族に対しては福祉行政的な援助が利用可能であり、かつその方が刑罰を科するよりも家族の保護に適している。法廷意見は被害者保護のため刑事手続の介入が必要だというのが、近親相姦は加害者と被害者との関係と単純に割り切ることはできない。刑事手続では人の私生活への侵入が避けられず、2次の被害が生ずるおそれがある。

第三に、過剰侵害の禁止に違反する。同項2文は抽象的危険犯の形で定められ、処罰範囲があまりにも広すぎるため、類型的に当罰性が認められない行為をあらかじめ罰則の外に置く旨の規定を置かなかった点で、憲法に違反する。

## 4 解説

### (1) ドイツ刑法173条の沿革<sup>4</sup>

現行ドイツ刑法173条はライヒ刑法173条（1871年）を受け継いだものであるが、ナチス政権下に制定された家族特別法では、行為当時において姻族関係が解消されていた場合には、兄弟姉妹間の性交は不処罰とされた（同規定は、1953年の刑法改正法173条において採用された）。1960年以降の刑法改正作業において刑法173条の存廃が論議されたが（1968年の刑法代案は本条の削除を提案した）、1973年の刑法改正法を経て現在に至る。

### (2) 近親相姦禁止規定により制限される基本権とその違憲審査基準

本決定は、刑法173条2項2文は基本法1条1項と結合された2条1項、6条1項、3条1項・3項及び基本法20条3項と結合された1条1項に違反しないと判断したものである。本件の中心的な論点は上記刑法規定

が基本法1条1項と結合された2条1項に違反するか否かであり、本章ではその論点について解説することとする。

基本法2条1項は、「各人は、他人の権利を侵害せず、かつ憲法的秩序又は道德律に反しない限り、その人格の自由な発展を目的とする権利を有する。」と定める。本条項については権利（基本権）性が認められるか否か、権利性が認められるとしてその内実をめぐり論議があるが、連邦憲法裁判所は、その初期の判例以来一貫して一般的行為の自由に対する権利を保障したものと解してきた<sup>5</sup>。そして、公権力による基本権の制限は比例原則の要請に沿うものでなければならないとされる<sup>6</sup>。

一方において、連邦憲法裁判所の判例は、基本法2条1項と人間の尊厳の不可侵を定めた1条1項とを結合させて一般的人格権を導き出してきた。一般的行為自由権と一般的人格権とではその意味合いが若干異なる。一般的行為自由権が他人の権利、憲法的秩序及び道德律を理由として、比例原則の要請に沿う範囲内において国家的な干渉に服すのに対し、一般的人格権は国家的な干渉を受けない、私的な生活形成の核心領域をも含んでいる<sup>7</sup>。ロクシンは、刑訴法100条c1項3号に基づく会話傍受の合憲性について判断した連邦憲法裁判所判例を引き合いに出して、成人した兄妹間で行われる性交は私的な生活形成の核心領域に属し、公権力の介入は絶対に許されないと論じた<sup>9</sup>。この点、法廷意見は、たとえ成人した兄妹の間で行われたものであったとしても、兄妹間で行われる性交は憲法6条1項で保護された家族関係を破壊する点で憲法的秩序の埒外にあり、それに加えて、遺伝疾患の恐れ及び近親相姦を違法と考える社会的確信に鑑みれば、私的な生活形成の核心領域に属さないとする。

私的な生活形成の核心領域が国家的な干渉から絶対的に保護されるのは、その領域ではどのような行為が行われようとも他人の権利を害することがなく、かつ憲法的秩序及び道德律にも反することがないからであろう。近親相姦は典型的に家族及び関係者の性的自己決定を害し、遺伝疾患の発現を高める行為であるとする本決定の認識は明らかに事実反するわ



けではない。それゆえ、一般的にいえば、近親相姦は私的な生活形成の核心領域には属さない。ただ、本件のように成人した兄妹が性交したという事例や、彼らが妊娠・出産を排除した方法で性交したという事例では、それによって上記法益が害される恐れがあるのかどうかは疑わしい。それでもなお処罰の必要があるのか否かは比例原則の問題として検討されるべきである。

### （３）刑法173条2項2文の刑罰目的

刑法173条2項2文の刑罰目的として法廷意見は、婚姻及び家族の保護、性的自己決定の保護、遺伝疾患の高度な可能性及び近親相姦に対する社会的な否認の4点を提示している。前三者の理由から近親相姦はタブー視され、これを否認する社会倫理が形成されてきたといえよう<sup>10</sup>。

近親相姦が往々にして相手方の性的自己決定を無視して行われるのは事実であろう。しかし、ハッセマー裁判官が指摘するように、刑法173条2項2文の構成要件は、近親相姦の対象者が未成年者であるとか、暴行・脅迫や欺罔を用いたことを掲げておらず、同項2文の刑罰目的を性的自己決定の保護のみに求めることはできない。

近親相姦は遺伝疾患を負った子の出生の可能性を高めるという論拠については、その経験科学的な証明はなされていないとする疑念がかねてより提起されていた<sup>11</sup>。ハッセマー裁判官は、刑法173条2項2文の罪が成立するためには兄弟姉妹間の性交の結果子を出産したことは必要でないから、遺伝疾患を負った子の保護は同項2文の刑罰目的とは関係がないとするが、性交の結果妊娠、出産する可能性はあり、遺伝疾患を負った子の出産可能性を高めるという刑罰目的が事実に基づくものであるとすれば抽象的危険犯としての実質を有しないとはいえない。ただ、生まれてくる子が遺伝疾患に罹るかもしれないという理由で性交が禁止されるという論理は、近親相姦以外にも、遺伝疾患の素因を有する人々について性交を禁止する論拠ともなり得る<sup>12</sup>。以上の問題点を意識してか法廷意見は、遺伝疾患の高度な可能性という刑罰目的については「補充的に」考慮されるにとどまる

とした。

法廷意見は、近親相姦は子を養育する場としての家族を害すると指摘する。この点、ハッセマー裁判官は、出産の可能性が排除された方法で行われた近親相姦や、子が家族から独立した後に行われた近親相姦は、上記の意味での家族を害さないと指摘する。法廷意見はさらに、近親相姦は基本法6条1項が想定する家族関係を歪め、家族を害するとする。ここでも、同項2文の罪は家族を害する恐れのある行為を罰する抽象的危険犯として把握されている。確かに、近親相姦は憲法的秩序が想定する家族の在り方から懸け離れており、国には近親相姦を阻止する任務があるようにも思えるが、その任務は成人した兄妹が合意の下に行う性交の阻止にまで及ぶべきであろうか。

クラウスは、民法1307条が両親又は父母のいずれかを同じくする兄弟姉妹間の婚姻を禁止していることから、刑法173条2項2文は民法の婚姻禁止規定を安定化するために設けられた罰則であるとする<sup>13</sup>。クラウスは、同項2文の罪について重婚罪（ドイツ刑法172条）と同様に婚姻制度を害する犯罪と見るのかもしれない。婚姻制度はむしろ憲法的秩序の重要な構成要素であり、重婚は一夫一婦制の婚姻制度を害する行為である。これに対して、兄弟姉妹が近親相姦の関係にあったとしても、彼らはどのみち民法上婚姻できないのであるから、刑法173条2項2文が兄弟姉妹間の婚姻禁止規範の安定化に資するものとは思われない<sup>14</sup>。

刑法はあらゆる道德違反を罰するのではないが、最少限度の道德の維持は刑法の任務に属するといわれることがある。基本法2条1項も、同条項で保障された自由権は他人の権利及び憲法的秩序のほかに道德律により限界付けられると定める。近親相姦は道德に反する行為であるといってもよいが、道德律違反の内実が婚姻及び家族や人の性的自己決定を害し、又は遺伝疾患の発現を高める点にあるとするならば、道德律違反は法益侵害の単なる言い換えにすぎない。

連邦憲法裁判所はかつて、男性間で行われる同性愛行為は道德律に違反

するがゆえにこれを禁止する刑法の規定は基本法2条1項に違反しないと判断したことがある。<sup>16</sup>これに対して今日のドイツにおいて優勢な刑法学説は、法益保護の要請を基礎としない刑法規範はこれを正当化することができないと見ているといえよう。ちなみに、上記連邦憲法裁判所により合憲とされた刑法175条は1969年の刑法改正により削除され、刑法175条aも1975年の刑法改正により削除されるに至っている。

婚姻及び家族の保護、性的自己決定の保護、遺伝的疾患の高度な可能性及び近親相姦に対する社会的な否認という、法廷意見が提示する刑法173条2項2文の刑罰目的はいずれも問題を残していると思われる。すなわち、同項2文は、規定形式上、性的自己決定が害されないような事案にも適用される。遺伝疾患の高度な可能性は経験的事実により検証されているかどうかの問題はひとまず措くとしても、遺伝疾患を受け継いだ子が生まれるかもしれないという理由で性交を禁止することは人間の尊厳に反するのではないかという疑念もある。したがって、この2つの刑罰目的は婚姻及び家族の保護という同項2文の中心的な刑罰目的を補強するものと理解すべきであるが、家族保護の観点からは、成人した兄妹が合意の上で行う性交を禁止することは過剰だといえよう。さらに、道徳律に反するというだけで近親相姦を法的に禁止することは、法と道徳の峻別という近代の刑法思想に合わない。そこで、法廷意見が列挙する4つの刑罰目的はいずれも単独では刑法173条2項2文の存在理由を明らかにすることができない以上、これらを並列的に列挙したところで同項2文の刑罰目的を明らかにしたことにはならないのではないかという疑問が湧く。この点、法廷意見を次のように要約することができるのではないだろうか。すなわち、近親相姦をタブーとする昔からの倫理観はそれだけでは刑罰の正当化根拠とはなり得ないが、婚姻及び家族を害する性行為、性的自己決定を害する性行為及び遺伝疾患の高度な可能性を伴う性行為の中でも、近親相姦はその顕著な反倫理性のゆえに最後の手段（ultima ratio）である刑罰を用いてまで禁圧されるべきである、と。

#### （４）比例原則

比例原則は、元来、法治国原理に基づいて行政権の行使を限界付ける原理であったが、現在では基本権の本質に根差す原理であって、基本権（基本法2条1項により保障された自由権）に対する国の干渉はこの原則による制約に服すものとされている。比例原則は次の3つの部分原則から構成されている。すなわち、基本権に対する干渉は法益保護に適していなければならないとする適合性原則、基本権に対する干渉はその目的が他のより穏健な手段により達成可能な場合には許されないとする必要性原則、及び基本権に対する国の干渉は基本権の意義・重要性に対して相当な関係を有するものでなければならないとする狭義の比例原則（過剰侵害の禁止）がそれである。適合性及び必要性の原則については基本的には立法者に裁量権があり、憲法裁判所は限定された範囲内で審査をなし得るにすぎないとされる。これによれば、立法者の判断が原則的に尊重され、裁量権の逸脱と認められない限り適合性及び必要性の原則に違反するものではないとされることとなる。

罰則が法益保護に適しているかどうかは経験的事実により検証可能であることが多いが、経験的事実により検証できないときには、適合性原則は満たされないということになるのであろうか。法廷意見によれば近親相姦は家族を害するとされるが、本件事案では、兄妹間の性交に先立って家族関係は変容していたのであって、兄妹間の性交は家族関係が変容した結果の出来事にすぎないとする見方もできる。また、兄妹間の性交が一般的に（又は典型的に）家族の破壊をもたらすものかどうか、人々が抱いている家族観いかににより意見が分かれよう。家族の間では性交は行われないうという観念を抱いている人は近親相姦はそれ自体として家族を害すると認識するのに対し、そのような一種の固定観念を持たない人は家族の問題と近親相姦の問題とは切り離して考察すべきであるとし、近親相姦イコール家族関係の破壊とは認識しないであろう。

近親相姦の結果生まれた子が遺伝疾患を受け継ぐ可能性が高いという事

実は経験科学的に検証されていないともいわれる。近親相姦は稀にしか起こらないためその結果出生した子の数が少ない上、近親相姦の結果出生したという事実が秘匿されることも多いと思われるので、近親相姦の結果生まれた子が遺伝疾患を受け継ぐ割合に関する統計数値にはあまり信頼を寄せることができない。また、遺伝疾患を受け継いだ子の出生率が相対的に高いのは近親相姦の場合に限られない。しかし、そのことは、遺伝疾患を受け継いだ子の出生率が相対的に高いという想定が事実と反していることを意味するものではなく、それゆえに法廷意見は、立法者が遺伝的視点に基づいて近親相姦を禁止したことは不合理ではないとし、比例原則の適合性原則を満たすと判断したのである。刑罰目的（立法事実）はすべて経験的な検証に耐え得るものでなければならないとするのは、おそらく過剰な要求というべきであろう。

必要性原則についても立法部に裁量権が認められるとされており、適合性原則を満たす罰則はふつう必要性原則の満たすこととなるであろう。

狭義の比例原則とは、刑法で定められた刑罰は所為の重大性及び犯人の責任と比例したものでなければならず、刑罰を科される行為と著しく不相当な刑罰を科することは許されないとする原則であり、その限りで責任原理と一致するといつてよい。法令自体について抽象的に比例性が問題となる場合と、憲法異議申立人が具体的に行った行為との比例性が問題となる場合とが考えられるが、本決定は、法令自体についても、具体的な量刑についても、狭義の比例原則に合致するとした。

## 5 おわりに

ドイツでは、憲法（基本法）で個別的に定められた人権条項でカバーされない自由については、基本法2条1項で保障される一般的行為自由の問題として取り扱われる。そこで、刑法規範による一般的行為自由の制限に対しては広く憲法異議を申し立てることができるが、比例原則のうち適合性及び必要性の原則の適用にあたり立法者には広い裁量権が認められ、

また狭義の比例原則は責任に応じた科刑の要請ないし罪刑均衡の要請に帰着するといつてよい。

これに対して、アメリカ合衆国では、合衆国憲法の修正条項で個別的に定められた人権条項でカバーされない自由については実体的デュー・プロセスの問題として取り扱われることが多い<sup>17</sup>。その際、合衆国憲法修正14条で保護される自由として厳格な審査基準が適用されるのは、その重要性の点で、言論の自由など憲法の修正条項により明文で保障された権利に匹敵すると認められる基本的権利に限られるとされている。基本的権利と認められるかどうかのハードルは比較的高い反面、当該の自由がひとたび基本的権利と認められると、州による自由制限は規制目的と単に合理的に関連するだけではデュー・プロセスの要請を満たさないとされる。

わが国において刑罰法規の内容の適正が問題となる場合ふつう実体的デュー・プロセスが論じられるが、その際、アメリカ合衆国における司法審査だけでなく、ドイツにおける司法審査も参照に値する。今後も、刑罰法規の内容の適正に関わる合衆国及びドイツにおける司法審査に注目してゆきたい。

註

1 ドイツ刑法173条は次のように定める。

（1）血の繋がった直系卑属と性交した者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。

（2）血の繋がった直系尊属と性交した者は、2年以下の自由刑又は罰金に処する。親族関係が消滅したときも同様である。（第1文）血のつながった兄弟姉妹と性交した者も、第1文と同一の刑に処する。（第2文）

（3）所為のとき18歳未満であった直系卑属及び兄弟姉妹は、本条により処罰されることはない。

2 BVerfGE 120, 224. 筆者が参照し得た本決定の評釈として、Tatjana Hörnle, NJW 2008 2085; J. Ziethe, NStZ 2008, 614; Benno Zabel, JR 2008, 453; Claus Roxin, StV 2009, 544.

3 プロス、オステルロー、ディファビオ、メリングホフ、リュッベヴォルフ、ゲルハルト及びランダウの各裁判官同調。

- 4 ドイツ刑法173条の沿革につき、Edward Schramm, Ehe und Familie im Strafrecht, 2011, 404ff.
- 5 BVerfGE 6, 32 [1957]; 80, 137 [1989].
- 6 比例原則については、萩原滋「刑罰権の限界としての比例原則——ドイツの判例と学説（一）、（二・完）」愛知大学法経論集155号（2001年）1頁以下、156号31頁以下。
- 7 一般的人格権につき、戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部信喜先生古稀祝賀・現代立憲主義の展開上（1993年）325頁以下。
- 8 BVerfGE 109, 279 [2004].
- 9 Claus Roxin, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzepts —Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materialrechtlicher Strafrechtvorschrift—, StV 2009, 544, 547. なお、ロクシンが援用する前出註8決定は、刑訴法100条c 1項3号には、不可侵の私的な生活形成の核心領域に公権力が干渉することのないようにするための事前的措施が定められていない点で憲法上不十分な点があるとした。
- 10 法廷意見は、刑法規範によって追求される目的は必ずしも法益論から演繹されるわけではない旨説示する。含みのある説示であるが、刑罰目的と法益とは必ずしも一致しないという趣旨にも読める。実際、法廷意見により挙げられた刑罰目的のうち、近親相姦を否認するドイツ社会の倫理なるものは法益とはいえないであろう。
- 11 刑罰目的が経験的事実により検証できない場合に比例原則に違反することになるのかどうかの問題については後述する。
- 12 Vgl. Roxin, aa.O. (Anm. 9) S.547; Schramm, aa.O. (Anm. 4), S.435f.
- 13 Detlef Krauß, Rechtsgut und kein Ende. Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzepts, Festschrift für Winfried Hassemer, 2010, S.430.
- 14 これに対して、Schramm, aa.O. (Anm. 4), S.427ff. は、刑法173条2項2文の刑罰目的を家族内における青少年の健全な成長に求める立場から、成人に達した後に行われた兄妹間の性交については不処罰とする解釈（構成要件不該当又は刑事手続の打ち切り）を提案する。
- 15 問題となった当時の刑法規定は次のとおりである。

刑法175条「他の男性とわいせつな行為を行い、又は他の男性とのわいせつ行為に悪用された男性は、軽懲役に処する。所為のときに21歳未満であった関与者については、特に軽微な場合には裁判所は刑を免除することができる。

刑法175条a「①次の者は10年以下の重懲役に処する。情状が軽い場合には3月

以上の重懲役に処する。

- 1 暴力を用い、又は身体若しくは生命に対する現在の危険をもってする脅迫を用い、他の男性に自己とわいせつ行為を行うことを強要し、又は自らとのわいせつな行為に悪用されることを強要した男性
- 2 勤務、業務又は服従の関係によりもたらされる従属性を悪用して、他の男性に自己とわいせつ行為を行うように仕向け、又は自らとのわいせつな行為に悪用されるように仕向けた男性
- 3 21歳未満の男性に自らとわいせつな行為を行うように誘惑し、又は自らとのわいせつな行為に悪用されるように誘惑した男性
- 4 職業として男性とわいせつな行為を行い、又は男性とのわいせつ行為に悪用され、若しくはこれらの行為を申し出た男性

16 BVerfGE 6, 839 [1857].

17 男性間で行われるソドミーを禁止することは修正14条のデュー・プロセス条項に違反するとした最近の判例として、Laurence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003). 本判決につき、萩原滋「実体的デュー・プロセス論の再考」白山法学8号（2012）1頁以下。